

Mr. Mehmed Bečić
Viši asistent

UDK 348.97(094.5)
Pregledni naučni rad

PRIMJENA MEDŽELLE U POSTOSMANSKOJ BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Medžella predstavlja prvu službenu kodifikaciju građanskog prava u Osmanskom carstvu. U Bosanskom vilajetu, kao sastavnom dijelu Osmanskog carstva, Medžella je jednu deceniju služila kao izvor materijalnog i proceduralnog prava za novoformirane redovne i šerijatske sudove. Međutim, uloga Zakonika mijenja se nakon okupacije Bosne i Hercegovine 1878. godine.

U radu se problematiziraju pitanja vezana za ulogu Osmanskog građanskog zakonika (Medželle) u postosmanskoj Bosni i Hercegovini. Prvi dio rada bavi se općim pitanjima vezanim za historiju, sadržaj, pravnu prirodu i ulogu Medželle u osmanskom pravnom poretku. U drugom dijelu rada razmatraju se problemi primjene Medželle u okviru redovnog sudstva, dok treći dio rada tematizira pravila Medželle o maraz-i-mevt, koji se redovno sreću u sudskoj praksi.

Konstatirano je da je Medžella u praksi redovnih sudova ustupila mjesto austrijskom Općem građanskom zakoniku, od čega su bili izuzeti samo specifični pravni odnosi i poslovi koje austrijsko privatno pravo nije poznavalo.

Ključne riječi: *Medžella, Osmanski građanski zakonik, Austro-Ugarska, redovni sudovi, Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu.*

Uvod

Medžella je skraćeni naziv za prvu službenu kodifikaciju građanskog prava u Osmanskom carstvu. Nastala je u drugoj polovini XIX stoljeća kao rezultat višegodišnjeg kodifikatorskog rada u okviru *tanzimatskih* reformi prava. U Bosanskom vilajetu, kao sastavnom dijelu Osmanskog carstva, Medžella je jednu deceniju služila kao izvor materijalnog i proceduralnog prava za novoformirane redovne i reformirane šerijatske sudove. Međutim, sudbina Zakonika značajno se mijenja nakon okupacije Bosne i Hercegovine 1878.

godine. Ovim radom pokušat će se rasvijetliti pitanje mjesta i uloge Medželle u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine nakon njenog faktičkog, a kasnije i formalnog priključenja Austro-Ugarskoj.

Iako je Medžella bila predmet brojnih historijsko-pravnih rasprava, u literaturi se ne može naći jasan i potpun odgovor na pitanje uloge ovog zakonika u pravnom sistemu postosmanske Bosne i Hercegovine. Nauka je saglasna o tome da je Medžella ostala u primjeni u praksi šerijatskih sudova sve do njihovog ukidanja 1946. godine, zbog čega će u ovom radu biti izostavljeni osvrti na ulogu Medželle u šerijatskom sudstvu.

U literaturi je također zauzet stav da je, za razliku od šerijatskih sudova, u praksi redovnog sudstva Medžella vrlo brzo poslije 1878. godine ustupila mjesto austrijskom Općem građanskom zakoniku. Međutim, detaljnije studije o mjestu i ulozi Medželle u praksi redovnih sudova do sada su izostale.

Navedeni predmet istraživanja otvara nekoliko pitanja. Tako se prvi dio rada bavi općim pitanjima vezanim za historiju, sadržaj, pravnu prirodu i ulogu Medželle u osmanskom pravnom poretku. U drugom dijelu rada razmatra se problem primjene Medželle u okviru redovnog sudstva u BiH nakon 1878. godine, dok se trećem dijelu rada tematiziraju specifični instituti Medželle koji se sreću u sudskoj praksi.

Pored relevantne literature, u radu su korišteni normativni izvori, te odluke Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu preuzete iz službenih zbornika odluka Vrhovnog suda. Od ostalih korištenih izvora, treba izdvojiti rukopise zbornika normi za pravosuđe (*Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*).

1. Pojam i mjesto Medželle u pravnom poretku osmanske države

Osmanska država je u drugoj polovini XIX stoljeća stupila u složen i zahtjevan reformski projekat. Ovaj projekat općenito je poznat pod nazivom *tanzimat*, odnosno *tanzīmāt-i hayriye*, što u prijevodu s turskog znači "blagotvorene uredbe".¹ Tanzimat se u nauci označava i kao proces modernizacije, sekularizacije i pozapadnjavanja osmanskog prava.² Osmanski zakoni doneseni u periodu tanzimata nastali su sistematiziranjem postojećeg prava utemeljenog na šerijatu i običajnom (kanunskom) pravu ili recipiranjem evropskih,

¹ *Leksikon islama*, priredio Nerkez Smailagić, Svjetlost, Sarajevo, 1990., 592.

² Avi Rubin, "Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal", *History Compass*, Volume 7, Issue 1, 2009., 121-122.

uglavnom francuskih zakona.³ Svi ovi zakoni objavljeni su u službenom osmanskom zborniku zakona *Dustur* (Kodeks), a kasnije su prevedeni i na francuski jezik.⁴

U sklopu modernizacije osmanskog pravnog poretka rano se javila i ideja o kodifikaciji građanskog prava. Ona je prvenstveno proizašla iz tanzimatskog načela o uspostavljanju principa jednakosti među osmanskim podanicima, s obzirom na to da je novoformiranim redovnim sudovima bilo neophodno osigurati zakonik građanskog prava na osnovu kojeg bi oni rješavali civilne predmete. Osim toga, i evropski saveznici osmanske države tražili su donošenje zakonika po uzoru na tadašnje evropske kodifikacije, koji bi bio garancija jednakog tretmana svih podanika u Carstvu.⁵

Kada je postignuta saglasnost o potrebi donošenja građanskog zakonika, postavilo se pitanje metodologije i izvora za izradu takve kodifikacije. Na jednoj strani bili su proevropski orijentirani sekularisti, koji su se zalagali za recepciju francuskog *Code civile*, dok su na drugoj strani bili islamski reformisti s idejom o kodifikaciji propisa šerijatskog imovinskog prava. Istovremeno je zvanična ulema odbacivala svaku promjenu tradicionalnog osmansko-šerijatskog pravnog poretka, te se protivila uvođenju kodifikacije građanskog prava. Na koncu je izrada građanske kodifikacije povjerena islamskim reformistima, koji su 1867. godine dobili zadatak da izrade kodifikaciju građanskog prava zasnovanu na šerijatskom pravu hanefijske pravne škole.⁶ Na čelu projekta za izradu kodifikacije bio je Ahmet Dževdet-paša, iskusni činovnik i diplomata, koji je 1868. godine imenovan za ministra pravde.⁷

Konačno, kodifikatorski projekat rezultirao je izradom građanskog zakonika pod službenim nazivom *Mecelle-i ahkjām-i adliyye* (*Zbornik pravednih propisa*), koji je postepeno, kako je napredovala njegova izrada, objavljivan u periodu od

³ Gottfried Plagemann, *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz – Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Lit Verlag, Berlin, 2009., 102–103.

⁴ Ebu Ula Mardin, “Razvoj šerijatskog prava u Osmanskoj carevini”, u: *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Fikret Karčić, El-Kalem i Centar za napredne studije, Sarajevo, 2011., 282–283.

⁵ Fikret Karčić, *Moderne pravne kodifikacije: predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., 95.

⁶ Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma: pokret za reformu šerijatskog prava i njegov odjek u Jugoslaviji u prvoj polovini XX vijeka*, Islamski teološki fakultet, Sarajevo, 1990., 53–54.

⁷ Vidi: Kevin Goodwin, *The Tanzimat and the Problem of Political Authority in the Ottoman Empire: 1839-1876*, Honors Projects Overview, Paper 5, 2006., 83. (http://digitalcommons.ric.edu/honors_projects/5)

1869. do 1876. godine. U literaturi je ova kodifikacija poznata i kao *Osmanski građanski zakonik*, ali se najčešće koristi skraćena verzija službenog naziva, odnosno *Medžella*.⁸

Medžella je, po svom sadržaju, trebala da bude kodifikacija šerijatskog materijalnog građanskog, odnosno imovinskog prava. Međutim, redaktori pri tome nisu do kraja bili dosljedni, s obzirom na to da su u Zakonik unijeli i propise procesnog prava. Pored toga, oblasti porodičnog i nasljednog prava u potpunosti su izostavljene. Razlog izostavljanja ovih grana leži u činjenici što je Zakonik trebao važiti jednako za sve podanike bez obzira na vjersku pripadnost. Podsjećamo, kršćani i jevreji u Osmanskom carstvu uživali su pravno-sudsku autonomiju u bračnim, porodičnim i nasljednim stvarima. Za svaku manjinsku zajednicu (*milleti*) važili su propisi vlastite crkve, odnosno vjerske zajednice. Zbog toga Medžella nije sadržavala propise ovih pravnih grana. Za razliku od toga, u imovinskopравnim odnosima šerijatska pravila su dugotrajnom primjenom ušla u pravnu svijest stanovništva, te su bila sazrela za kodifikaciju. Tako je bilo moguće ovim propisima dati funkciju općevažećeg prava.⁹

Medžella sadrži 1851 član i dijeli se na uvod i šesnaest knjiga. Uvod sadrži dva Govora, prvi daje definiciju i podjelu pravne nauke, dok drugi sadrži ukupno 99 pravnih pravila ili načela islamske pravne nauke (*Fikh*). Prvih trinaest knjiga sadrži propise imovinskog (uglavnom obligacionog) prava. Teme ovih knjiga su: kupoprodaja, najam, jamstvo, prijenos duga, zalog, ostava, darovanje, prisvajanje i uništenje tuđih stvari, ograničenje, prinuda i pravo preče kupnje, zajednica, punomoć, nagodba i odreknuće, te priznanje. Ostale tri knjige sadrže propise procesnog prava, i to o tužbama, dokazima i suđenju.¹⁰

U nauci postoji nekoliko različitih stavova o pravnom karakteru i prirodi Medželle. Unatoč činjenici što je sadržajno predstavljala kodifikaciju šerijatskog imovinskog prava, postoje mišljenja po kojima je Medžella "sekularna kodifikacija" inspirirana evropskim idejama.¹¹ Istovremeno se u literaturi mogu naći mišljenja po kojima Medžella nije predstavljala kodifikaciju u

⁸ U radu će biti korišten uglavnom ovaj skraćeni naziv (Medžella).

⁹ Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, 54–55.

¹⁰ O sadržaju Medželle, vidi: *Medželle i ahkjami šerije (Otomanski građanski zakon)*, Bosansko-hercegovački zakoni, IV svezak, I dio, Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

¹¹ Joseph Schacht, *An introduction to islamic law*, Oxford University Press, New York, 1982., 92.

smislu evropskih zakonika, nego je bila “digesta propisa” šerijatskog prava.¹² No, bez obzira na ovako oprečne stavove o karakteru Medželle, u pravno-historijskoj nauci je ipak najviše prihvaćeno stajalište da Zakonik u sebi objedinjava evropske i islamske elemente.¹³

Centralno mjesto u Zakoniku zauzima ugovor o kupoprodaji, koji je predstavljao najvažniji i najrazvijeniji ugovor šerijatskog obligacionog prava. Kupoprodaja je Medželli služila kao podloga za reguliranje drugih ugovornih formi razrađenih u ostalim knjigama.¹⁴ Upravo su odsustvo općeg koncepta ugovora i svođenje štete na materijalni gubitak predstavljali najveći nedostatak obligacionog prava Medželle. Iako je po svom obliku podsjećala na evropske kodifikacije, Medžella je po svom stilu ostala i dalje primjer kazuistike. Više se bavila detaljima nego općim propisima, što je rezultiralo velikim brojem članova i stalnim navođenjem primjera.¹⁵

Pored toga, Medželli se prigovara nesistematičnost, nedostajanje propisa o pravnim osobama, primitivnost konstrukcije ugovora o djelu koji je sličio “najmu osobe”, nepostojanje dovoljno propisa o zabludi, nedovoljna jasnoća odredbi o protupravnom djelovanju, neispunjenju ugovornih obaveza i naknadi štete, nedostatak načela slobode ugovaranja itd. Iako se prvobitno tvrdilo da je Medžella više nego bilo koja druga kodifikacija građanskog prava odgovarala zahtjevima svog vremena, u praksi se to nije dokazalo.¹⁶

Ipak, pored svih nedostataka, značaj Medželle u sveukupnom razvitku osmanskog i šerijatskog prava je neupitan. Ono što je u odnosu na ranije sultanove zbornike državnog prava (kanunname) Medželli dalo atribut “pravog” građanskog zakonika jeste njegova jednaka i obavezujuća primjena u okviru šerijatskog i redovnog sudstva na teritoriji cijelog Carstva,¹⁷ pa tako i Bosanskog vilajeta.

¹² Vidi: S. S. Onar, “The Majalla”, u: *Law in the Middle East*, Vol. 1, Origin and development of Islamic law, edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, with a foreword by Justice Robert H. Jackson, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008., 292–308.

¹³ Avi Rubin, “Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century”, *Continuity and Change*, Volume 22, Issue 02, Cambridge University Press, 2007., 283.

¹⁴ Merve Tezcanlı, *Re-thinking Mecelle-i Ahkam-i Adliyye: Legal Transformation in the nineteenth-Century Ottoman Empire*, Magistarski rad, Boğaziçi University, 2007., 48–49.

¹⁵ Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, 55.

¹⁶ Sabri Şakir Ansay, “Das Türkische Recht”, u: *Handbuch der Orientalistik*, herausgegeben von B. Spuler, Erste Abteilung, Der Nahe und der Mittlere Osten, Ergänzungsband III, *Orientalisches Recht*, Brill, Leiden-Köln, 1964., 450.

¹⁷ Avi Rubin, “Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century”, 283.

Osim toga, kodifikacija je u njoj sadržana šerijatskoppravna pravila učinila dostupnim najširim slojevima obrazovanih ljudi. Za sudije je to značilo okončanje tegobnog postupka konsultiranja brojnih pravničkih djela, a za stranke veću pravnu sigurnost i unificiranu primjenu prava.¹⁸

2. Problem primjene Medželle u praksi redovnih sudova nakon 1878.

Medžella je, u skladu sa zakonodavnim principima austrougarske uprave, trebala da zadrži ulogu važeće kodifikacije građanskog prava i u postosmanskoj Bosni i Hercegovini.¹⁹ Podsjećamo, Austro-Ugarska je u brojnim naredbama i instrukcijama izdatim nakon okupacije (*Provizorni djelokrug rada poglavara Zemaljske vlade* od 29. oktobra 1878. godine, (Član 6. Prijelaznih odredbi),²⁰ *Naredba Zajedničkog ministarstva o uređenju pravosudne uprave* od 29. decembra 1878. godine,²¹ *Naredba Zemaljske vlade u Sarajevu o organizaciji sudova* od 30. decembra 1878. godine i dr.)²² naredila da sudovi do izdavanja novih zakona treba da se drže važećeg (osmanskog) prava prilikom donošenja odluka u civilnim predmetima.²³

Austrougarske vlasti su radile i na brojnim pravno-tehničkim pitanjima kako bi se omogućila primjena osmanskog prava u praksi. S obzirom na to da su sudije redovnih sudova bili u pravilu austrougarski činovnici, koji se nisu znali služiti zakonima pisanim na staroturskom jeziku, najvažniji takav projekat bilo je prevođenje osmanskih tanzimatskih zakona na njemački jezik, te njihovo publiciranje u trotomnom zborniku pod naslovom *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und*

¹⁸ Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, 56.

¹⁹ O austrougarskoj politici prema pitanju primjene šerijatskog prava, vidi: Enes Durmišević, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 73–132.

²⁰ Provisorischer Wirkungskreis des Chefs der Landesregierung in Bosnien und der Hercegovina, *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, I Band, Allgemeiner Theil, Wien, 1880., 10–14. (u daljem tekstu citira se kao "Sammlung I").

²¹ *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 3. (U daljem tekstu samo "Sammlung II").

²² *Sammlung II*, 5.; uporedi: *Sammlung II*, 15.)

²³ Vidi: Mehmed Bečić, *Osmansko tanzimatsko pravo i austrougarski pravni poredak u Bosni i Hercegovini*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, Broj 12, Godina 6, Zenica, 2013., 187–201.

Normalweisungen (Zbornik zakona, naredbi i normativa izdatih za Bosnu i Hercegovinu), koji je sredinom 1881. godine dostavljen na upotrebu svim sudovima i upravnim organima u Bosni i Hercegovini.²⁴

Međutim, za razliku od drugih tanzimatskih propisa, Medžella nije u cijelosti službeno prevedena na njemački ili zemaljski jezik. Razlog tog propuštanja jeste svakako veliki obim kodifikacije, ali i stav austrougarskih vlasti koje su namjeravale sačekati u to vrijeme predstojeću publikaciju francuskog prijevoda Medželle.²⁵ Dijelovi Medželle koji su prevedeni i uvršteni u Zbornik zakona i naredbi od 1881. godine bili su samo propisi o zalogu iz Četvrte knjige (čl. 701. do 761.)²⁶ i propisi o izvršenju na pokretnim i nepokretnim stvarima privatnog (*mulk*) vlasništva iz Devete knjige (čl. 998. do 1002.).²⁷

Da bi se Zakonik mogao primjenjivati u praksi redovnih sudova, bilo je neophodno osigurati adekvatan prijevod Medželle. U tom smislu je, na pojedinačne upite i molbe Vrhovnog suda i nižih redovnih sudova, Zemaljska vlada postepeno i po potrebi izrađivala prijevode pojedinih odlomaka Medželle.

Tako su 1883. godine prevedeni propisi o pravu izbora kod ugovora o najmu i zakupu (čl. 497–521.).²⁸ Naredbom od 25. februara 1886. godine sudovima su dostavljeni i prijevodi propisa o pravu prvokupa ili preče kupnje (čl. 950–956. i 1008–1044.) i određenih propisa o kupoprodaji (čl. 109, 320, 337, 364.).²⁹ Naredbom od 21. maja 1887. godine Zemaljska vlada je Vrhovnom sudu dostavila prijevode odredbi o *laesio enormis*, odnosno o velikoj prikrati tzv. *Gabni fahiš* (čl. 165.), o sklapanju kupoprodajnog ugovora (čl. 167.), o “zakidanju” i prevari kod kupoprodaje (čl. 356–358.), o posljedicama kupoprodaje (čl. 369.), te o neopozivoj (*nafiz*) kupoprodaji (čl. 375. i 113–115.).³⁰ Iste godine su Vrhovnom

²⁴ Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.

²⁵ Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1889., 173–174.

²⁶ Vorschriften über das Pfandrecht aus dem IV. Buche der Civilrechtsgesetze, vom 14. Muharem 1288 (1871.), Sammlung II, 349–356.

²⁷ Bestimmungen über die Execution von Mobilien- und Immobilienobjecten freien Eigenthums (Mulk), aus der ottomanischen Civilgesetzessammlung IX. Buch, vom 25. Zilkade 1289 (1872.), Sammlung II, 491–492.

²⁸ Erlass der Landesregierung Nr. 3514/III vom 18. Oktober 1883. an das Obergericht, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878–1885., 133–138.

²⁹ Circularerlass der Landesregierung Nr. 9.294/III vom 25. Februar 1886, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band II, Jahrgang 1886–1890, 317–329. (U daljem tekstu samo “Justiznormalien”).

³⁰ Erlass der Landesregierung Nr. 27.107/III vom 21. Mai 1887 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 446–448.

sudu dostavljeni prijevodi propisa o zastari (čl. 1660. i 1674.)³¹ i razvrgnuću zajednice (čl. 1045–1447.).³² Naredbom od 14. maja 1889. godine, Vrhovnom sudu su dostavljeni prijevodi propisa o bitnim elementima kupoprodaje (čl. 167–176.), o određivanju cijene i predmeta poslije sklapanja kupoprodajnog ugovora (čl. 252. i 253.) i o redoslijedu ispunjenja kupoprodajnog ugovora (čl. 262.).³³ Iste godine su Vrhovnom sudu dostavljeni prijevodi propisa o oslobađanju i priznanju duga (čl. 1568. i 1610.),³⁴ o razvrgnuću, predmetu i dozvoljenim i nedozvoljenim predmetima kupoprodaje (čl. 190–216.), te o uvjetima i valjanosti kupoprodaje (čl. 361–363.).³⁵

Izrada prijevoda odlomaka Medželle nije mogla zadovoljiti potrebe sudske prakse. Problem nepristupačnosti i nepoznavanja propisa Medželle posebno je bio izražen u okviru nižeg sudstva. U prvim godinama poslije okupacije zabilježeni su i slučajevi u kojima su sudije u pojedinim predmetima radi upoznavanja s materijalnopravnim odredbama Medželle angažirali prevodioce. Međutim, usljed velikog obima poslova kojima su sudovi bili zatrpani, te činjenice da nije dovoljno samo parcijalno prevođenje pojedinih odredbi zakona bez poznavanja njihove cjeline, ubrzo se pokazalo da je takav pristup u primjeni Medželle nemoguće realizirati. Tako je Medžella u prvim godinama poslije okupacije u praksi redovnih sudova primjenjivana “samo izuzetno”, kada su sudiji u konkretnom predmetu njeni propisi bili poznati ili dostupni. Umjesto Medželle, sudovi su u pravilu primjenjivali propise austrijskog Općeg građanskog zakonika u svojstvu supsidijarnog prava.³⁶

Pravni osnov za takvu praksu, odnosno primjenu Općega građanskog zakonika umjesto Medželle sudovi su našli u brojnim naredbama i instrukcijama, kao što su *Naredba Zajedničkog ministarstva o uređenju pravosudne uprave* od 29. decembra 1878. godine, zatim *Naredba Zajedničkog ministarstva o organizaciji i djelokrugu provizornih sudova za Bosnu i Hercegovinu* od 1. januara 1879. godine,³⁷ te *Instrukcija za Vrhovni sud* objavljena u *Naredbi*

³¹ Erlass der Landesregierung Nr. 40.988/III vom 3. August 1887 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 482–483.

³² Erlass der Landesregierung Nr. 26.187/III vom 13. October 1887. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 517–518.

³³ Erlass der Landesregierung Nr. 26.577/III vom 14. Mai 1889 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 741–745.

³⁴ Erlass der Landesregierung Nr. 36.004/III vom 7. Juli 1889. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 783.

³⁵ Erlass der Landesregierung Nr. 37.318/III vom 20. August 1889. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 807–808.

³⁶ Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.

³⁷ “Do izdavanja novih zakonskih normi materijalnog prava, sudske vlasti obje instance

Zemaljske vlade od 17. jula 1879. godine.³⁸ Navedeni normativi propisivali su analognu primjenu “zakona koji su na snazi u Monarhiji” u svim slučajevima neprimjenjivosti domaćeg (osmansko-bosanskog) prava ili pravnih praznina, što je u praksi značilo primjenu austrijskog Općeg građanskog zakonika.³⁹

Zemaljska vlada je 1890. godine naredila da se Medžella u cijelosti prevedu na zemaljski jezik.⁴⁰ Prijevodi su u narednim godinama izrađeni i litografirani, te sudovima dostavljeni za upotrebu. Međutim, ovi prijevodi su rađeni na osnovu francuskog izdanja, a ne na osnovu turskog originala, i nisu bili službeno objavljeni kao zakon. Prema Naredbi Zemaljske vlade od 9. augusta 1893. prijevodi su trebali služiti isključivo kao izvor informacija o sadržaju Medželle.⁴¹ Time nije došlo do velikih promjena u judikaturi redovnih sudova. Na sudu je ostalo da prejudicira da li i koliko smatra propise Medželle primjenjivim u svakom konkretnom slučaju.⁴² Pored toga, Vrhovni sud je u jednoj od svojih odluka naglasio kako pojedini prijevodi Medželle nisu dovoljno pouzdani “da se odluka konkretnog predmeta može zasnivat na njima”.⁴³

Na ovom mjestu treba naglasiti da se sve gorenavedeno vezano za probleme u primjeni Medželle odnosi uglavnom na njene materijalnopravne odredbe. Osmanska proceduralna pravila, pa i procesna pravila Medželle vrlo rano su zamijenjena novim procesnim pravom recipiranim iz Austro-Ugarske. Prvobitno je bilo naređeno da se redovni sudovi drže procesnih pravila

imaju se držati zakonodavstva koje uistinu u zemlji vrijedi. Samo ukoliko takvo zakonodavstvo ne postoji, ili je pod datim okolnostima neprimjenjivo, ili je nedovoljno (...) sudske vlasti će u parničnim i izvanparničnim građanskim stvarima postupati po analogiji zakona koji su na snazi u Monarhiji.” (Sammlung II, 15.).

³⁸ U članu 12. Instrukcije predviđeno je da će se u Vrhovni sud do donošenja novih zakonskih normi materijalnog prava pridržavati postojećeg zakonodavstva, te da će “u dvojbena slučajevima” (*in zweifelhaften Fällen*) primjenjivati zakone koji važe u Austro-Ugarskoj. (Sammlung II, 23.).

³⁹ O pravnoj osnovanosti analogne primjene OGZ-a u Bosni i Hercegovini, vidi: Mehmed Bečić, *Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV-2011, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011., 63–79.

⁴⁰ Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Geca Kon, Beograd, 1926., 28.

⁴¹ Circularerlass der Landesregierung Nr. 71.835/III vom 9. August 1893. an das Obergericht, die Kreisgerichte und Bezirksbehörden, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band III, Jahrgang 1891–1895., 1454–1455.

⁴² Adalbert Shek, “Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkom pravu”, *Mjesečnik Pravnčkog društva u Zagrebu*, Knjiga I., Broj 2., 1914., 100.; Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz “Arhiva za pravne i društvene nauke”, Beograd, 1920., 11.

⁴³ Odluka Vrhovnog suda od 24. marta 1892., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, 1899., odluka br. 225.

ugarsko-erdeljskog parničnog postupka,⁴⁴ da bi kasnije bio izrađen novi Građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu, koji je proglašen 14. aprila 1883. godine,⁴⁵ a stupio na snagu 1. septembra 1883. godine.⁴⁶

Za razliku od nižih sudova, Vrhovni sud u Sarajevu se često pozivao na materijalnopravne odredbe Medželle. To bi se moglo obrazložiti činjenicom što su Vrhovnom sudu, zbog njegovog sastava, funkcije i broja predmeta koje je rješavao, odredbe Medželle bile lakše dostupne nego nižim sudovima. Zato se u praksi Vrhovnog suda Medžella pojavljuje kao jedan od glavnih izvora materijalnog prava.⁴⁷

Neujednačena praksa u primjeni materijalnopravnih odredbi Medželle, te uporedna primjena Općeg građanskog zakonika i osmanskog prava uvjetovala je pojavu pravne nesigurnosti u pravnom prometu i sudskoj praksi. Jasnu sliku o ovom problemu pruža jedan odlomak izvještaja advokatske komore u Bosni i Hercegovini iz 1909. godine. U izvještaju se navodi da je neprihvatljivo da se i trideset godina poslije okupacije donošenje odluka u građanskim stvarima bazira na pravilu o primjeni osmanskih propisa, a samo u slučaju praznina ili neprimjenjivosti tog prava da se analogno primjenjuju propisi koji su na snazi u Monarhiji. Dalje se navodi kako “narod ima pravo da zna koje pravo je na snazi”, te da najveću zabunu uzrokuje uporedna primjena Općeg građanskog zakonika i Medželle, a često se kod prosuđivanja jednog pravnog posla uzima nešto od jednog, a nešto od drugog zakonika. Zbog toga advokati i njihovi klijenti ne znaju šta će u svakom konkretnom slučaju sudija uzeti od osmanskog, a šta od austrijskog prava.⁴⁸

Advokati su rješenje ovog problema vidjeli u potpunoj recepciji Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini. Takvi stavovi bili su posebno izraženi neposredno poslije aneksije. Međutim, kako je još Ivo Pilar primijetio, cjelovita recepcija Općeg građanskog zakonika nije se mogla provesti. Imajući u vidu novouspostavljeni ustavnopravni poredak 1910. godine, posebnu strukturu stanovništva, kao i osobenost socijalno-ekonomskih prilika u zemlji, uprava

⁴⁴ Izvještaj o upravi BiH, Zajedničko ministarstvo finansija, 1906., 42.

⁴⁵ Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884., Sarajevo, 1884., 259-411.

⁴⁶ Civil- Process-Ordnung für Bosnien und die Herzegovina, Wien, 1883., 3. (Artikel I.).

⁴⁷ Vidi: Präjudicienbuch in Civilsachen, Band I, Obergericht in Sarajevo, 1899., (odluke: 174., 226., 297., 322., 557., 601., 769., 906., 1036., 1103., 1392. i dr.).

⁴⁸ Ivo Pilar, “Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegovina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes”, u: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* 1. Juni 1911, Wien, 1911, 724.

se odlučila za parcijalnu kodifikaciju građanskog prava u Bosni i Hercegovini, a ne za potpunu recepciju Općeg građanskog zakonika.⁴⁹

Tako je Medžella i dalje ostala formalno na snazi u Bosni i Hercegovini. No, sudska praksa se faktički udaljavala od propisa Medželle. Prema pisanju Bertholda Eisnera, judikatura se, s izuzetkom pojedinih instituta, nije mnogo obazirala na propise Medželle koja očito više nije odgovala tadašnjim prilikama i potrebama.⁵⁰ Do kraja austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini sudska praksa vodila je računa samo o određenim i specifičnim pravnim institutima koji nisu bili poznati austrijskom privatnom pravu, a koje je regulirala Medžella. Na takve institute i pravne odnose primjenjivani su, u pravilu, propisi Medželle.

3. Primjena Medželle u sudskoj praksi na primjeru instituta *maraz-i-mevt*

U Naredbi od 28. septembra 1881. godine Vrhovni sud je ozakonio analognu primjenu Općeg građanskog zakonika kod rješavanja pitanja stvarnog i obligacionog prava. U istoj naredbi je, međutim, naglasio da su od toga izuzeti oni specifični instituti koje austrijsko pravo nije poznavalo.⁵¹ O takvim ustanovama sudovi su vodili računa, te na njih primjenjivali u pravilu posebne propise obligacionog prava Medželle. Od ustanova koje su u pravnom prometu i praksi najduže održane, mogu se izdvojiti institut pobijanja pravnih poslova učinjenih u smrtnoj bolesti (*maraz-i-mevt*), “velika prikrata” (*laesio enormis*), pravilo “kupnja ne ukida najam”, te određene druge ustanove.⁵² U nastavku rada osvrnut ćemo se na primjer primjene pravila Medželle o učincima pravnih poslova učinjenih u smrtnoj bolesti (*maraz-i-mevt*) u sudskoj praksi.

Član 1595. Medželle stanje smrtne bolesti definira kao bolest koja uzrokuje smrt najkasnije godinu dana nakon svoje pojave, a lice koje je oboljelo nije sposobno da obavlja uobičajene poslove.⁵³ Zakonski nasljednici i vjerovnici,

⁴⁹ Isto, 725–726.

⁵⁰ Bertold Eisner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22.

⁵¹ Circularerlass des Obergerichts vom 28/9.1881, 4.463/Civ., Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878–1885, br. 171.

⁵² Vidi: Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog Općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz Mjesečnika, Zagreb, 1921., Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Izdavačka knjižnica Gece Kona, Beograd, 1926., 132–136.

⁵³ *Medželle i ahkjami šerije*, 519–520.

na čiju štetu su poduzeti pravni poslovi u smrtnoj bolesti, mogli su u pravilu pobijati takve pravne poslove. Prodaja ili darovanje neke stvari, priznavanje prava vlasništva, ili priznanje duga učinjeni u smrtnoj bolesti u korist jednog zakonskog nasljednika mogli su pobijati ostali nasljednici, ukoliko za to nije postojala njihova saglasnost. Kada se takvi poslovi čine u korist trećeg lica (koje nije zakonski nasljednik), onda su ovi poslovi smatrani legatom (*vasijetom*), i bili su valjani samo u granicama raspolaganja imovinom za slučaj smrti (ako se raspolagalo iznosom do jedne trećine ukupne imovine ostavitelja).⁵⁴

Prodaja stvari u korist trećeg lica (koji nije nasljednik) bila je valjana ako se nije radilo o fiktivnoj prodaji, tj. ako je kupoprodajna cijena odgovarala stvarnoj prometnoj vrijednosti stvari, odnosno ako se nije radilo o *gabni fahiš* (velikoj prikrati) koja kod prodaje u smrtnoj bolesti postoji ako prikrata prelazi jednu trećinu imovine ostavitelja, odnosno prometne vrijednosti prodane stvari. U tom slučaju su nasljednici mogli tražiti poništenje ugovora, ali je kupac pravni posao mogao održati na snazi ako nadoknadi ostatak vrijednosti stvari do dvije trećine. Ovdje se pretpostavlja da predmet prodaje čini jedinu imovinu prodavca, jer se inače za *gabni-fahiš* tražio i dolus (prevara).⁵⁵ Vjerovnici su mogli pobijati kupoprodaju učinjenu u smrtnoj bolesti isto kao i nasljednici, a dug na koji se obavezalo lice u smrtnoj bolesti mogao je biti namiren tek kada se isplate ranija dugovanja, nastala prije nastupanja smrtne bolesti.⁵⁶

Pravila o *maraz-i-mevt* u Medželli sadržana su u članovima 392–395., kojima su uređena pitanja prodaje stvari u smrtnoj bolesti,⁵⁷ zatim članovima 877–880., koji govore o darovanju u smrtnoj bolesti,⁵⁸ te članovima 1595–1605., koji uređuju posljedice priznanja učinjenih u smrtnoj bolesti.⁵⁹

Sporovi vezani za pravne poslove učinjene u *maraz-i-mevt* (smrtnoj bolesti) u praksi redovnih sudova u nisu bile rijetkost. Tako se u Odluci Vrhovnog suda u Sarajevu od 19. septembra 1894. godine navodi da “pojava kašlja dvije godine prije smrti poklonodavca, ne dovodi do zaključka da je on podlegao toj bolesti i da je ugovor o poklonu nevažeći, jer je zaključen u stanju bolesti *maraz-i-mevt* (član 1595. Medželle)”.⁶⁰ U drugom primjeru (Odluka od 15.

⁵⁴ Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22–23.

⁵⁵ Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, 133.

⁵⁶ Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22–23.

⁵⁷ *Medželle i ahkjami šerije*, 103–104.

⁵⁸ *Medželle i ahkjami šerije*, 262–263.

⁵⁹ *Medželle i ahkjami šerije*, 519–527.

⁶⁰ Presuda Vrhovnog Suda od 19/9. 1894. br. 752 ex 1895., *Präjudicienbuch in Civilsachen*, Band II, br. 552.

marta 1900. godine), Vrhovni sud je poništio prvostepenu odluku, te u drugostepenom postupku odlučio da nema mjesta pobijanju ugovora zbog smrtne bolesti, te da je ugovor o poklonu valjan, s obzirom na to da je bolest zbog koje je poklonodavac umro trajala duže od jedne godine.⁶¹ Prema Odluci Vrhovnog suda od 2. novembra 1893. godine valjanost ugovora o otuđivanju koji je sklopio bolesnik u smrtnoj bolesti prosuđuje se prema članu 120. Ramazanskog zakona (ako su u pitanju mirijska zemljišta) i članovima 1595. i 393. Medželle (ako se radilo o stvarima mulk kategorije).⁶²

Iz navedenih primjera možemo zaključiti da su redovni sudovi uvažavali pravne učinke stanja *maraz-i-mevt*, te na takve pravne odnose primjenjivali isključivo pravila Medželle. Propisi Medželle u pravilu su važili i kada je pravni posao bio upisan u gruntovnicu, iako je članom 11. Gruntovničkog zakona određeno da se kod stjecanja i gubitka stvarnih prava na nekretninama upisanih u gruntovnicu primjenjuju isključivo propisi austrijskog Općeg građanskog zakonika.⁶³

Međutim, propisi Medželle o učincima pravnih poslova učinjenih u stanju *maraz-i-mevt* očito su važili samo za bosanskohercegovačke “zemaljske pripadnike”. Vrhovni sud zauzeo je stav da se propisi domaćeg prava o *maraz-i-mevt* ne primjenjuju na strance. U tom smislu je glasila i Odluka Vrhovnog suda od 10. maja 1897. godine, u kojoj je obrazloženo da se ugovor o poklonu zaključen u “kritičnoj posljednjoj bolesti” između stranaca ne prosuđuje prema domaćem pravu, nego prema članu 35. Općeg građanskog zakonika.⁶⁴

Iako se sudska praksa decenijama držala pravila Medželle o *maraz-i-mevt*, posljednjih godina austrougarske uprave počelo se odstupati od takve prakse. Pravila o smrtnoj bolesti su harmonizirana s propisima Općeg građanskog zakonika o pobijanju pravnih poslova zbog mana volje. Tako je Vrhovni sud u Rješenju od 10. maja 1918. godine odredio da se propisi Medželle o smrtnoj bolesti trebaju primjenjivati prema “duhu vremena”, koji zahtijeva da se kod prosuđivanja sposobnosti za pravna djela ne treba ispitivati samo fizičko, nego i duševno stanje lica, tj. koliko tjelesna bolest utiče na duševnu sposobnost i koliko je isključuje. Slično je glasilo i Rješenje Vrhovnog suda od 27. novembra 1918. godine.⁶⁵

⁶¹ Odluka od 15/3. 1900 br. 2520., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band V, br. 23.

⁶² P.V.S. 2/11. 1893. br. 413. ex 1894., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, br. 441.

⁶³ Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog Općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, 22.

⁶⁴ P. V. S. 10/5. 1897. br. 2618., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band IV, br. 221.

⁶⁵ Bertold Eisner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 23.

Zaključak

Osmanski građanski zakonik imao je ograničen značaj za razvoj građanskog prava i općenito pravnu historiju Osmanskog carstva i Bosne i Hercegovine. Svoju ulogu iscrpljuje prvenstveno u tome što je osigurao jednaku i obavezujuću primjenu u okviru šerijatskog i redovnog sudstva na teritoriji cijelog Carstva. Zakonik je tako doprinio većem stepenu pravne sigurnosti u pravnom prometu i sudskoj praksi.

Nakon okupacije 1878. godine uloga Medželle u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine se mijenja. Za razliku od šerijatskih sudova, koji su se i dalje pridržavali materijalnog i procesnog prava Medželle, u praksi redovnih sudova ova kodifikacija izgubila je na značaju. Zaključili smo da se sudska praksa, umjesto Medželle, redovno pridržavala propisa austrijskog Općeg građanskog zakonika kao sekundarnog prava.

Najveći problem u primjeni materijalnopравnih odredbi Medželle predstavljalo je nedostajanje adekvatnog, službenog i kompletnog prijevoda. Postojale su određene inicijative Zemaljske vlade u Sarajevu i Vrhovnog suda u prevazilaženju ovog problema. Međutim, konstatirali smo da ove mjere (izrada prijevoda određenih odlomaka Zakonika na zahtjev sudova, upotreba prevodioca u sudu, kompletni prijevod francuske verzije itd.) nisu bile dovoljne za osiguranje ujednačene primjene prava u okviru redovnog sudstva. Osim toga, već početkom XX stoljeća sve glasnjiji su bili stavovi struke i uprave po kojima Medžella više nije odgovarala novim društveno-ekonomskim uslovima i modernom pravnom prometu u Bosni i Hercegovini. To je dodatno generiralo potiskivanje Medželle u korist Općeg građanskog zakonika, ali istovremeno neujednačenu sudska praksu i visok stepen pravne nesigurnosti.

Konačno, zaključili smo da su propisi Medželle kontinuirano primjenjivani na određene i specifične pravne odnose koje austrijsko privatno pravo nije poznavalo i reguliralo, a održali su se u pravnom prometu postosmanske Bosne i Hercegovine. To je dokazano na primjeru pravila o pravnim učincima poslova učinjenih u stanju smrtno bolesti (*maraz-i-mevt*), na koje se sudska praksa obazirala do u drugu deceniju XX stoljeća.

Mehmed Bečić, MA

Senior Assistant

THE ENFORCEMENT OF THE MECELLE IN POST-OTTOMAN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

*The Mecelle represents the first official codification of the civil law in the Ottoman Empire. In the Bosnian Vilayet, as an integral part of the Ottoman Empire, the Mecella served for a decade as the source of substantive and procedural law for the newly formed regular and Sharia courts. However, the role of the Code changes after the occupation of Bosnia and Herzegovina in 1878. The paper focuses on the issues related to the role of the Ottoman civil code (the Mecelle) in post-Ottoman Bosnia and Herzegovina. The first segment of the paper reviews the general issues related to history, content, legal nature, and the role of Mecelle in the Ottoman legal system. The second segment of the paper discusses the issues concerning the implementation of Mecelle within the regular judiciary, while the third segment of the paper reviews the rules of Mecelle about the *maraz-i-mevt* (institute used to refute legal affairs concluded while being terminally ill), which are often found in the judicial practice.*

It was concluded that the Mecelle gave way to the Austrian Civil Code in the practice of regular courts, from which only certain specific legal relations and affairs unknown to the Austrian private law were exempted.

Keywords: *the Mecelle, Ottoman Civil Code, Austro-Hungarian, regular courts, the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina.*